

[論 文]

行政行為の附款に関する判例の研究

山 本 敬 生

- I. 問題の所在
- II. 農地買収事件判決の検討
 - 1. 事実の概要
 - 2. 判旨
 - 3. 評釈
- III. 小学校教員期限付任用事件判決の検討
 - 1. 事実の概要
 - 2. 判旨
 - 3. 評釈
- IV. 無補償撤去条項事件判決の検討
 - 1. 事実の概要
 - 2. 判旨
 - 3. 評釈
- V. 総括

I. 問題の所在

行政行為の附款¹ (Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten) とは、田中二郎の定義によれば、「行政行為の効果を制限するために意思表示の主たる内容に附加される従たる意思表示²」のことである。1993年の成立から現在に至るまで、行政手続法は一貫して附款を規定していない。その理由として、塩野宏の指摘を借りれば³、行政法学において学説が整理されておらず、附款が理論的に未完成であったことが挙げられよう。特に行政行為により成立した法律関係の具体的内容は本来的に法令で定められるべきであるにもかかわらず、行政庁の裁量による法律規定事項外規律の付加を認めたことは、法律による行政の原理に明らかに反するものであった^{4 5}。

これに対して、筆者は新たな行政行為の附款論として、附款＝行政契約論を提唱した⁶。附款＝行政契約論とは、Karl Kormannによる行政行為の附款概念の形成過程には誤りがあり、行政行為の附款は行政契約として再構成すべきとする論理である。行政行為の附款を条件、期限、負担の3種類に整理し⁷、条件は行政庁と私人の間で締結される行政行為の効力の発生・消滅を発生不確実な事実にかからしめる契約、期限は行政庁と私人の間で締結される行政行為の効力の発生・消滅を発生確実な事実にかからしめる契約、負担は行政行為に付随して行政庁が私人に対し法令に規定されている義務以外の作為または不作為

1 行政行為の附款に関しては、塩野宏「附款に関する一考察」同『行政過程とその統制』[1989] 146頁、人見剛「西ドイツにおける行政行為の附款論」兼子仁編『西ドイツの行政行為論』[1987] 43頁、森稔樹「行政行為の附款の法理・序説」早大法研論集 75号 [1995] 279頁から同「行政行為の附款の許容性 (4)」早大法研論集 80号 [1997] 329頁までの一連の論文を参照。

2 田中二郎『新版行政法上巻 [全訂第2版]』[1974] 127頁。なお、ドイツ連邦行政手続法は、行政行為の附款を期限、条件、撤回権の留保、負担、負担留保の上位概念とし、特に定義をしていない。

3 行政手続法逐条研究 (ジュリ増刊・1996) 215頁 (塩野宏発言)。

4 従来の行政行為の附款の諸問題を適切に整理したものとして、石川敏行「附款の限界と争訟手段」行政法の争点 (ジュリ増刊・1990) 78頁参照。

5 なお、いわゆる法定附款がある。田中・前掲 (2) 127頁参照。法定附款とは行政行為の効果の制限が直接法律により規定されている附款である。しかし、法定附款は法律で定められている以上、法律規定事項規律であり、まさしく行政行為の内容そのものである。法律規定事項外規律である通常の行政行為の附款とは全く性質を異にすると云わざるを得ないだろう。塩野宏『行政法 I [第6版]』[2015] 199頁、森稔樹「行政行為の附款の法理・序説」早稲田大学大学院法研論集 75号 300-301頁参照。

6 拙稿「行政行為の附款論の再構成」木村弘之亮先生古稀記念『公法の理論と体系思考』[2017] 445頁。

7 行政行為の附款の概念を純化する観点から、付款尾撤回権の留保、法律効果の一部等は附款に含めないことにする。

の義務を課する契約と定義した上で、附款付行政行為は行政契約と行政行為の交錯とするものである。

本稿では、この附款＝行政契約論の観点から、附款に関する代表的な最高裁判例を再検証することを試みたい。条件に関する判例として、いわゆる農地買収事件判決⁸（最判昭和 36・7・14 民集 15 卷 7 号 1814 頁）、期限に関する判例として、いわゆる小学校教員期限付任用事件判決⁹（最判昭和 38・4・2 民集 17 卷 3 号 435 頁、判タ 146 号 62 頁）、負担に関する判例として、いわゆる無補償撤去条項事件判決¹⁰（最大判昭和 33・4・9 民集 12 卷 5 号 717 頁、判時 151 号 17 頁）を改めて再検証し、最高裁の判断のどこに誤りがあったか、いかなる判断すべきであったのか、行政実務はどのような対応をすべきであったのかを再検討する。

Ⅱ．農地買収事件判決の検討

1．事実の概要

尼崎地区農地委員会は、自作農創設特別措置法（以下「自創法」という）15 条 1 項 1 号所定の「農地の利用上必要な農業用施設」として、X（原告・控訴人・被上告人）が所有する池沼を買収するため、昭和 25 年 9 月 9 日、買収計画を樹立した。これに対して、X は兵庫県農地委員会に訴願を提起した。自創法 15 条 2 項により農業用施設の買収にも準用される同法 8 条、9 条によれば、買収計画に適法な訴願が提起されたときは、都道府県農地委員会がこれに裁決を下し、さらに買収計画に承認を与えたのちに、都道府県知事が買収令書の交付によって買収をなすことと定められていた。ところが、兵庫県農地委員会は、

8 評釈として、渡部吉隆・曹時 13 卷 9 号 92 頁、遠藤博也・行政判例百選Ⅰ〈第 1 版〉228 頁、山田洋・行政判例百選Ⅰ〈第 6 版〉178 頁等がある。

9 評釈として、渡部吉隆・曹時 15 卷 6 号 120 頁、山本正太郎・民商 49 卷 6 号 863 頁、奥平康弘・行政判例百選Ⅰ〈第 1 版〉248 頁、高橋清一・教育判例百選〈第 2 版〉178 頁、古城誠・公務員判例百選 20 頁、見上崇洋・行政判例百選Ⅰ〈第 6 版〉192 頁、齋藤健一郎・行政判例百選Ⅰ〈第 7 版〉184 頁等がある。

10 評釈として、田中真次・最判解民事篇昭和 33 年度 75 頁、覚道豊治・民商 38 卷 5 号 805 頁、奥平康弘・土地収用判例百選〈第 1 版〉208 頁、杉村敏正・行政判例百選〈第 1 版〉250 頁、尾上実・憲法判例百選Ⅰ〈第 1 版〉132 頁、倉持孝司・憲法判例百選Ⅰ〈第 2 版〉180 頁、南博方・憲法判例百選 99 頁、見上崇洋・行政判例百選Ⅰ〈第 6 版〉194 頁等がある。

Xの訴願に裁決を下す以前に、昭和25年11月30日、訴願棄却裁決を停止条件として本件買収計画を承認し、また、兵庫県知事も同年12月16日付けの買収令書をXに交付して、本件池沼を買収するに及んだ。その後、同年12月16日付けの裁決書により、Xの訴願は棄却された。

そこで、Xは、兵庫県知事による本件買収処分は無効であるから、Y（国一被告・被控訴人・上告人）は本件池沼の所有権を取得できないとして、Yを被告として所有権取得無効確認訴訟を提起した。第1審判決（神戸地判昭和26・8・10行集2巻9号1451頁）は本件買収処分を適法として、Xの請求を棄却したが、第2審判決（大阪高判昭和32・7・5行集8巻7号1183頁）は本件買収処分を無効として、Xの請求を認容した。これに対して、Yは上告した。

2. 判旨

破棄差戻し。

「農地買収計画につき異議・訴願の提起があるにもかかわらず、これに対する決定・裁決を経ないで爾後の手続を進行させたという違法は、買収処分の無効原因となるものではなく、事後において決定・裁決があったときは、これにより買収処分の瑕疵は治癒されるものと解するのを相当とする（昭和34年9月22日第3小法廷判決、民集13巻11号1426頁参照）。

本件についてこれをみるのに、原審の確定した事実によれば、兵庫県農地委員会が本件買収計画を承認し、また兵庫県知事がXに対する買収令書を発行した当時は、まだ同委員会による本件買収計画についての訴願裁決がなされていなかったとはいえ、右承認は訴願棄却の裁決があることを停止条件としてなされたものであり、訴願棄却の裁決もその後行われたというのであるから、訴願棄却の裁決がなされる前に承認その他の買収手続を進行させたという瑕疵は、その後訴願棄却の裁決がなされたことによって治癒された、と解すべきである。

3. 評釈

(1) 本件では、兵庫県農地委員会がXの訴願に対して裁決をする以前に訴願棄却裁決を停止条件として本件買収計画を承認し、兵庫県知事が本件買収処分をしたことが問題となっている。本件の主な争点は、本件買収処分の適法性である。本件で問題となる停止条件は、訴願棄却裁決がなされるまでは本件買収計画承認の効力を停止する附款であり、講学上の附款の分類に従えば「条件」、さらに細かく分ければ「停止条件」に該当する。すなわち、本件買収計画の承認の効力は、訴願棄却裁決により発生すると解釈してよからう。

(2) 本判決は、最判昭 34・9・22 を引用した上で、兵庫県農地委員会が訴願棄却の裁決をする前に本件買収計画を承認し、その他の買収手続を進行させたという瑕疵はその後訴願棄却の裁決をしたことにより治癒されたと判示している。しかし、従来の行政行為の附款論を前提にしたとしても、本判決は疑問がある。

まず第 1 に本件停止条件は異議訴願手続を実質的に後回しにしており、明らかに自創法 8 条、9 条に違反しているからである。本判決は、なぜ本件停止条件が自創法 8 条、9 条に抵触しないのか、その理由を明確に判示していない。この点、遠藤博也は「本件においても、県農地委員会が、訴願に対して結論を得ない状態で、買収計画に対して承認を与えるときは正常な判断の過程といえるであろうか」と疑問を呈し、「(本判決は) 訴願棄却裁決を停止条件としてなされた承認だというのが、外部からみれば、承認もあやふやな判断として、事後の訴願棄却裁決もまた先取り判断の追認にすぎないものとして、いずれも正常な行政過程にもとづく公正な行政措置であるとの信頼を受けることは困難だといわなくてはなるまい」と論断している¹¹。また、山田洋は「本件のような便宜的措置を放任すれば、知事の判断に先だって関係人の異議申立てや県農地委員会の判断の機会を保障し、買収処分の慎重と公正を期した自創法の趣旨

11 遠藤・前掲 (8) 231 頁。

が、しだいに没却されていくことも危惧されるところであろう¹²。」と主張している。両者とも本件停止条件を違法とまでは踏み込んでいないものの、かなり批判的であることが窺える。

次に本判決は、訴願棄却の裁決がなされる前に本件買収計画の承認その他の買収手続を進行させたことは瑕疵であると認定するが、仮に本件停止条件が適法であるならば、本件買収手続に瑕疵があるとは結論は導き出せないはずだからである。本判決が当該買収手続に瑕疵があるとするならば、本件停止条件は自創法8条、9条に違反していると判示すべきであっただろう。

第3に仮に自創法が本件停止条件を許容しているとしても、本件買収計画の承認の効力が停止されている以上、本件買収計画の承認を前提とする本件買収処分は違法と判断せざるを得ないからである。この問題に関して、本判決は言及していない。もっとも、この場合でも事後的に訴願棄却の裁決がなされているので、瑕疵の治癒の理論により結局のところ本件買収処分は適法となる余地はあるだろう¹³。

このように、本判決は自創法8条、9条が本件停止条件を許容する論拠、当該買収手続に瑕疵があるとしながら、本件停止条件を違法としない理由、本件買収計画の承認の効力停止と本件買収処分の適法性の関係に関して何ら説得力のある論理を展開していない。その点でやはり問題の残る判決であった。

(3) 従来の行政行為の附款論の見地からは、本件停止条件は自創法8条、9条に違反し無効であるとし、本件買収計画の承認は訴願棄却裁決がなされていないことから違法であり、したがって本件買収処分も違法であるが、事後的に訴願棄却の裁決がなされたことにより、瑕疵の治癒の理論に基づき本件買収計

12 山田・前掲(8)173頁。

13 もっとも、遠藤・前掲(8)231頁は「本件において、事後に訴願裁決があったということは、欠けていた部分が事後に充足されたというみで瑕疵の治癒はあったにせよ、全体の行政過程の中において手続の前後という、それ自体が重大な瑕疵だと考えられる。手続に前後があることは瑕疵の治癒ではなくて、瑕疵そのものである。」と分析している。山田・前掲(8)173頁は「行政活動には、実体法的にも手続法的にも、一定の手順というものがあるはずであり、これが前後しては正常な行政過程とはいえず、おのずと結論にも影響が生じよう。こうした場合には、たとえ同一の結論となる可能性が高いとしても、行政過程を正常に踏みなおすことを要求するのが本筋であり、瑕疵の治癒といった論法で結論を急ぐべきではあるまい。」と批判している。

画の承認は適法となり、本件買収処分も適法となると判断すべきであった。

(4) では、附款＝行政契約論の観点からは、どう判断すべきであろうか。附款＝行政契約論は従来の行政行為の附款を認めていないことから、本件停止条件は訴願棄却裁決がなされるまでは本件買収計画承認の効力を停止するという変則的な行政行為と解釈することになる。しかし、このような行政行為は自創法 8 条、9 条に法的根拠がないため違法無効となる。結局、本件買収計画の承認は訴願棄却裁決がなされていない以上違法であり、したがって本件買収処分も違法であるが、その後訴願棄却の裁決が下されたことから、瑕疵の治癒の理論により本件買収計画の承認は適法となり、同様に本件買収処分も適法となるという論結に至ることになるだろう。

また、附款＝行政契約論の視点からは、兵庫県農地委員会は「訴願棄却裁決がなされるまでは本件買収計画承認の効力を停止する」という内容の行政契約を X と締結すべきことになる。しかし、このような行政契約は自創法 8 条、9 条が違反し、やはり違法無効となるだろう。結局のところ、兵庫県農地委員会は訴願棄却裁決をするまで、本件買収計画の承認をすべきでなかったといえよう。

Ⅲ. 小学校教員期限付任用事件判決の検討

1. 事実の概要

X (原告・控訴人・上诉人) は 30 数年間にわたり山形県において小学校教諭の職にあった者であるが、昭和 26 年 3 月 22 日山形県教育委員会から退職の勧告を受けた。X は、退職後は生活擁護のため 1 年の期限を限り助教諭として採用してもらった了解を得てこの申入れを承諾し、同年 3 月 31 日当時勤務していた小学校を退職し、同年 4 月 3 日約旨に従い 1 年の期限付で小学校助教諭に任用され、その後講師に任用替えになり、期間の更新を受けて昭和 28 年 2 月にいたったところ、当時の任令権者である村教育委員会から同年 4 月以降は期間を更新しない旨申し渡された。X は、同委員会に対し「いつまでも迷惑を掛

けようとは考えていないが、昭和28年度だけでよいから勤めさせて貰い度い」旨懇請し、同委員会の要請に応じて「昭和29年3月31日限り自発的に退職する」との誓約書を差し入れ、再度期間の更新を受けた。その更新期間中の昭和28年6月13日より地方公務員法（以下「地方法」という）の職員任用に関する規定が同村にも適用されるようになった。村教育委員会は昭和29年3月31日付けでXに退職を命じる旨の辞令を受けたので、山形県人事委員会に対して、審査請求をし、棄却されたので、同委員会に対して、原処分の取消を求める訴訟を提起した。

第1審判決¹⁴（山形地判昭和32・1・16民集17巻3号443頁参照）、第2審判決¹⁵（仙台高判昭和36・8・23前掲民集448頁参照）ともにXの請求を棄却した。これに対して、Xは上告した。

2. 判旨

上告棄却。

「地方公務員法の下において職員の期限付任用が許されるかどうかについては、法律に別段の規定はないが、同法がいわゆる条件付採用制度をとり……、また分限免職および懲戒免職の事由を明定して……職員の身分を保障していることや、特に臨時的任用に関する規定を設け、その要件、期間等を限定していること……に徴すれば、職員の任用を無期限のものとするのが法の建前であると解すべきこと、まさに所論のとおりである。しかし、右法の建前は、職員の身分を保障し、職員をして安んじて自己の職務に専念させる趣旨に出たものであるから、職員の期限付任用も、それを必要とする特段の事由が存し、且つ、それが右の趣旨に反しない場合においては、特に法律にこれを認める旨の明文がなくても、許されるものと解するのが相当である。

本件期限付任用が勧奨退職の方法の円滑な運用を期するために行われたこと、

14 評釈として、金子芳雄・法学研究（慶應義塾大学）31巻12号42頁がある。

15 評釈として、山本吉人・季刊労働法44号184頁がある。

Xも期限につき同意し、年度末には退職する旨の誓約書を提出していたこと、更新期間中に地方公務員法の職員任用に関する規定の適用されるようになったこと等の「事実関係の下において、昭和 28 年 6 月 13 日地方公務員法の職員任用に関する規定の適用を受けるにいたるまで、Xは身分上の保障を有するものではなかった……」ということをも勘案すれば、Xに対する期限付任用は、同年 6 月 13 日以降においても、前記要件を欠く違法のものとは認められない。

3. 評釈

(1) 本件では、地公法の下における小学校教員の期限付任用¹⁶の適法性が争われている。本判決はこの争点に関して、最高裁として初めて判断を下したものである¹⁷。本件任用処分に付されている期限は行政行為の附款であり、通説によれば講学上の「期限」に該当する。

(2) 本判決は期限付任用も特段の事由があり、職員の身分保障、職務専念の確保の趣旨に反しない場合は明文の規定がなくとも許されると判示し¹⁸、期限付任用の許容性に関する判断基準を提示している。この本判決の判断基準は妥当であろうか。以下、検討を加えたい。

まず、特段の事由がある場合、期限付任用は明文の規定がなくとも認められるとするロジックは適切であろうか。なぜ特段の事由が存すると、明文の根拠なしに期限付任用が適法となるのか。本判決は、その論拠を示していない。この点、見上崇洋は「本件の場合は明示の法令上の根拠は存しないので、行政庁に裁量権が認められている場合にその範囲内に限り附款を付すことができるということを言い換えたものであろう¹⁹」と善解している。附款の許容性に関す

16 公法が適用される以前は、助教諭、講師の採用は私法上の契約により処理されていた。また、当時の地公法は定年制を実施していなかった。

17 当時も期限付任用の地方公務員、国家公務員は多数おり、本判決は行政実務に重大な影響を及ぼす判決であったといえよう。

18 古城・前掲 (9) 21 頁は、本判決がこのような解釈を採用した理由として、地公法が期限付任用を排除する趣旨であるということが立法過程上不明確であること、期限的任用の禁止が實際上不都合であることを挙げている。

19 見上・前掲 (9) 193 頁。

る通説的見解によれば、①法律が附款を付すことができる旨を明示している場合、②行政行為の内容の決定について行政庁に裁量権が認められている場合に附款を付すことができる²⁰。本件の場合、②の場合に該当することになる。しかし、この通説は疑問である。行政庁に行政行為の内容に関して裁量権があるとしても、附款の類型の中で負担、期限、条件は性質上私人に一定の不利益を課すものであり、法律の根拠なしに附加可能とすれば、それは法律による行政の原理（法律の留保の原則）に反するからである。仮に法律が根拠規範なしに行政庁の裁量により負担、期限、条件による特定の義務の賦課を許容しているとするならば、そのような法律はやはり法の支配を基本原理とする日本国憲法に反し違憲立法と判断せざるを得ないだろう。したがって、②の論理は成立しない。よって、特段の事由がある場合、期限付任用は明文の規定がなくても許容されるとする本判決の説示は誤謬であると考える。

次に職員の身分保障、職務専念の確保という地公法の趣旨に反しない場合、期限付任用は明文の規定がなくても許されるとする論理は妥当であろうか。なぜ、地公法の趣旨に反しない場合、明文の根拠がない期限付任用が適法になるのか。本判決は、説得力のある論拠を示していない。当時の地公法は分限免職、懲戒免職の事由を法定し、臨時的任用の要件、期間等を厳格に規定していたが²¹、期限付任用は明文で規定していなかった²²。このことから、地公法は職員の任用を無期限とし、期限付任用を禁止していたと解釈できる。というのは、地公法が高度な身分保障をしている以上、仮に期限的任用制度を予定しているならば、臨時的任用制度と同様に詳細な規定を設けているはずだからである²³。

20 原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂2版〕』[2012] 178頁。

21 これは臨時的任用制度が極めて例外的な制度であることを示唆しているといえよう。

22 地公法は昭和56年の改正までは期限付任用に関する明文の規定が存在しなかった。現行の地公法28条の4は「任命権者は、当該地方公共団体の定年退職者等……を、従前の勤務実績等に基づく選考により、1年を超えない範囲内で任期を定め、常時勤務を要する職に採用することができる」と規定し、定年後の期限付任用制度を導入している。

23 もっとも、渡部・前掲(9)128-129頁は、地公法が期限付任用の規定を設けなかったのは、期限付任用を許さない趣旨と解するのが自然としながらも、期限付任用を禁止する旨の規定もないので、職員の身分保障という法の建前を崩さない程度において期限付任用を認めることは法解釈の範囲を逸脱するとは思われないと主張する。山本・前掲(9)866頁も、期限付任用の許容性の問題は、期限付任用が制度趣旨に反するか否かで判断すべきであり、期限付任用を認めた法の明文の有無により判断すべきでない論じている。しかしながら、こ

このように本来的に無期限であるはずの任用処分に対して、期限付任用は期限以外において職員としての地位を否定しており、重大な権利制限と言わざるを得ない。すなわち、期限付任用制度自体が本来的に職員の身分保障、職務専念の確保とは相容れない制度であり、地公法の趣旨に反しているのである。したがって、地公法の趣旨に反していなければ、期限付任用は明文の規定がなくとも許されるとする本判決の論理は誤りであったと思われる。

以上から、本判決が提示した期限付任用の許容性の判断基準は誤謬であり、明文の規定がなければ、期限付任用は違法であると考え²⁴。

(3) 本判決が示した期限付任用の許容性の判断基準を離れて、本判決が示した㊦期限付任用が勧奨退職の方法の円滑な運用を期するために行われた、㊩Xも期限に関して承諾し、昭和 28 年度末には退職する旨の誓約書を提出していた、㊧更新期間中に地公法の職員任用に関する規定が適用されるようになったという事実関係は単独で期限付任用を適法化する理由になりうるものであろうか。

まず㊦に関しては、確かに期限付任用は勧奨退職の円滑運用のために行われたのかもしれない。しかし、勧奨退職の円滑運用のために期限付任用を活用することは期限付任用の適法化する理由にはなりえない²⁵。政治問題を議論するならばいざ知らず、法解釈の問題を議論する際にこのような論拠は何ら影響を及ぼすものではないからである。㊩に関しては、Xの同意、退職する旨の誓約書の提出は何ら期限付任用の適法化事由にはなりえない²⁶。Xの同意により期限付任用の適法性を左右するという立場に立つことは、法律による行政の原理

れらの見解は、期限による権利制限、さらにいえば法律による行政原理を多少なりとも軽視する傾向があり、疑問である。

24 この点、今枝信雄『逐条地方公務員法〔第3次改訂版〕』[1966] 179 頁もまた「もともと恒久的な職に正式任用する場合に、期限付任用を行うべきではない」と主張している。高橋・前掲 (9) 179 頁は、地公法の規定が期限なし任用を前提にしていること、教師の能力は免許状で実証されており、専門的知識と経験が必要な職務であること、正式採用と同様の仕事をしていることを理由に教育公務員の期限的任用は違法であると論断している。また、高橋・前掲 (9) 179 頁本判決は退職勧奨のケースに限定して先例性を認めるべきと論じている。

25 勧奨退職の円滑運用のためには、期限付任用よりも退職手当の増額が有効であろう。また、勧奨退職よりも定年制の導入の方が適当であると思われる。

26 見上・前掲 (9) 193 頁は、形式的には期限についての本人の同意がなければ、再任用はないと考えられ、同意の任意性も完全ではないと分析する。

の観点から明確に認められないからである²⁷。㊦に関して、たとえ更新期間中であつたとはいえ、地公法の職員任用に関する規定が適用された以上、期限付任用は違法とならざるを得ない。期限に関する本人の同意が地公法上の公務員の身分保障よりも優先するという論理は肯認し難い²⁸。これも適法化事由にはなり得ないものである。以上から、㊦㊧㊨の事実はすべて期限付任用を適法とする事由には該当しないと判断できよう。

(4) 本件で問題となっている任用処分に付されている期限に関しては、先に指摘したように、通説に従えば講学上の「期限」に当たる。しかし、この通説には疑問がある。というのは、任用処分という行政処分の効力の発生・消滅を昭和29年3月31日という発生確実な事実にかからしめている規定となっておらず、実際に昭和29年3月31日に本件任用処分は失効しているかは明確でなく、村教育委員会が退職処分という別個の行政処分をなしているからである。むしろ本件期限は、期限以外は職員としての権利行使を禁止する附款と解釈すべきだろう。すなわち、本件期限は講学上の「負担」に該当すると判じるべきと考える。現在、負担を付する上で法律の根拠が必要であるとの見解が有力に主張されている。例えば、藤田宙靖は『負担』のように、本来の行政行為による効果以上の義務を相手方に課すものは、そのことについての法律の明示の根拠がない限り、当然これを課すことは許されない」と主張している²⁹。この藤田、宇賀克也が唱える有力説の見地からも、明文の根拠なしに本件任用処分に本件期限を附することは認められないとの結論に達しよう。

(5) 村教育委員会が任命権を有することを根拠に期限付加を正当化する見解もある。古城誠は「任命権が与えられている以上、合理的であれば積極的な法律の根拠がなくても期限的任用ができる³⁰」と主張している。しかし、任命権は任用処分を行うか否かの権限を行政庁に付与しているに過ぎず、法律既定事

27 見上・前掲(9)193頁もまた、行政行為の効力の発生・消滅を私人の意思に全面的に係らしめることはできないと批判する。

28 同旨、見上・前掲(9)193頁。

29 藤田宙靖『行政法総論』[2013]213頁。同旨、宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第7版〕』[2020]107頁。

30 古城・前掲(9)21頁。

項外規律であり、私人に特定の義務を課す本件期限を付すことまで許容していると解することは困難ではないだろうか。したがって、任命権自体は期限附加の根拠にはなりえないと考える。

(6) ここまで、従来の行政行為の附款論の視点から、本件期限付任用を検証してきた。期限付任用も特段の事由があり、職員の身分保障、職務専念の確保の趣旨に反しない場合は明文の規定がなくとも許されるとする本判決の判断基準は理論的破綻している以上、本判決はやはり問題がある判決と言わざるを得ない。では、附款＝行政契約論の観点からは、どのように考察すべきか。附款＝行政契約論は従来の行政行為の附款を否定していることから、本件における期限は、期限以外は職員としての権利行使を禁止する変則的な行政処分と分析できる。この行政処分は地公法上の根拠がないため、当然違法無効となる。

附款＝行政契約論の視座からは本件期限もまた行政契約として処理をすべきことになる。しかしながら、当時の地公法は期限付任用を否認していると解釈できる以上、本件期限の内容である期限以外は職員としての権利行使を禁止する内容の行政契約を締結することも地公法に違反し、無効であると判断せざるを得ない。結局、本件においては、村教育委員会は地公法の職員任用に関する規定を適用し、無期限でXを任用し続けるべきであったという帰結になるだろう。

Ⅳ. 無補償撤去条項事件判決の検討

1. 事実の概要

本件土地は、昭和 21 年 8 月 20 日に東京都都市計画により、国鉄中央線荻窪駅前広場としての指定がなされ、昭和 22 年 11 月 26 日に駅前広場設定事業施行年度が決定されたが、昭和 24 年 5 月 10 日に上記決定は廃止された。

X (原告・控訴人・上诉人) 等は、本件土地上に建物を建築しようと思い、昭和 24 年 12 月頃あらかじめ杉並区役所に建築を許可して貰えるかどうかを問い合わせたところ、杉並区役所の建築課長は、当時右土地に対する荻窪駅前広場

設定事業施行年度の決定は廃止せられていたが、再びその施行年度の決定があるかどうかは不明であつたので、許可する意向を洩らした。そこで、Xらは、同年12月13日にY（都知事・被告・被控訴人・被上告人）の委任を受けた杉並区長に対し建築許可の申請をした。杉並区長は右土地は駅前広場に指定されているので、慎重を期して東京都建設局にその指示を仰いだところ、東京都からは、右広場設定事業はその費用が水害対策費に流用され予算がなくなったため、一時延期的にその施行が廃止されたが、予算が取れ次第事業を施行することになるから、その施行に支障を来すことのないよう建築許可は一応見合せられたい旨指示してきたので、杉並区長はXらに対し指示の趣旨を伝えて建築申請を不許可とした。ところがXらはさらに杉並区長に対し、広場設定事業施行の場合はいかなる条件でも異議をいわず新築した建物を撤去すべきにつき、建築を許可せられたい旨懇請し、その旨の請書又は念書を提出したので、杉並区長は東京都建設局とも協議し、Xらより、あらかじめ本件条項を附することの承諾を得た上で、附款を付して、昭和25年3月23日附と同年8月2日附で建築許可をした。その附款は、①駅前広場事業によりYが移転を命じた場合に3ヶ月以内にその物件を完全に広場境域外に撤去すること、②これが撤去により生じる総ての損失についてはYに対しその補償を一切要求しないこと等9項目からなるものであった。

Xらは、これらの附款は都市計画法施行令12条の駅広場事業施行のために必要な条件ではないこと、一切の補償もなく私有財産を収容若しくは制限するものであり、憲法の趣旨に反すること等を理由として、建築許可に付加された条件（附款）の無効確認を請求した。第1審判決（東京地判昭和28・2・18民集12巻5号731頁参照）は一部を無効としたが、①②等は無効でないとし、その他の請求を棄却し、第2審判決（東京高判昭和29・5・11前掲民集742頁参照）もXらの控訴を棄却した。これに対して、Xは上告した。

2. 判旨

上告棄却。

当時の都市計画法 11 の 2、同法施行令 11 条の 2 及び 12 条による「建築物に関する制限は、他面において財産権に対する制限となることは否定しえないところであるが、そもそも都市計画とは、『交通、衛生、保安、防空、経済等ニ関シ永久ニ公共ノ安寧ヲ維持シ又ハ福利ヲ増進スル為ノ重要施設ノ計画ニシテ市若ハ主務大臣ノ指定スル町村ノ区域内ニ於テ又ハ其ノ区域外ニ亘リ施行スヘキモノ』をいうとせられ（都市計画法 1 条）、それが公共の福祉の為に必要なものであることはいうまでもないところであるから、前記の建築物に関する制限が、他面において財産権に対する制限であっても、それが都市計画上必要なものである限りは公共の福祉のための制限と解すべくこれを違憲といえないことは、憲法 29 条により明らかである。

よって本件許可に附した条件の所論条項が、都市計画上必要なものかどうかを考えてみるに、……本件広場設定事業は、予算の関係上一時施行が延期されたが、予算の成立とともに施行されることになっていたものであって、その施行の際は、本件土地は都市計画法 16 条によって収用又は使用されうることが明かであり、かかる土地の上に新たに建築物を設置しても、右事業の実施に伴い除却を要するに至ることも明かであったばかりでなく、本件許可については、前記出願者らは、広場設定事業施行の場合は、いかなる条件でも異議をいわず、建物を撤去すべき旨の書面を差し入れ、又はその旨を承諾していたのであって、このような事実関係の下においては、本件許可に際し、無償で撤去を命じうる等の所論条項をこれに附したことは、都市計画事業たる本件広場設定事業の実施上必要やむを得ない制限であったといえることができる。

3. 評釈

(1) 本件では、建築許可に付加されている①②等の無補償撤去等の条件が、都市計画法施行令 12 条における「条件に該当するか否かが問題となっている。

本件無補償撤去等の条件は行政行為の附款であり、講学上の附款の分類に従えば負担に該当する。

都市計画法 11 条の 2 は、都市計画として内閣の認可を受けた広場の境域内等における建築物に関する制限で都市計画上必要なものは、政令をもってこれを定めると規定していた。これを受けて、都市計画法施行令 11 条の 2 及び 12 条は右広場の境域内等において建築物を新築、改築又は増築する者は都道府県知事の許可を受けなければならない、また右許可には都市計画上必要な条件を附することができると規定していた。これらの規定から、右許可に付することができる附款は、本判決も認めるように都市計画上必要な場合に限定されていると解釈できよう。本件の争点は、建築許可に付されている本件無補償撤去等の条件の違法性、違憲性である。

(2) 本件無補償撤去等の条件が、都市計画法施行令 12 条が定める「条件に該当するか否かの問題に関して、本判決は、㊦本件広場設定事業は予算の関係上一時施行が延期されたが、予算の成立とともに施行されることになっていた、㊧その施行の際は、本件土地は都市計画法 16 条により収用又は使用せらるし、本件土地の上に新たに建築物を設置しても、右事業の実施に伴い除却を要するに至ることになる、㊨本件許可については、出願者らは広場設定事業施行の場合はいかなる条件でも異議をいわず、建物を撤去すべき旨の書面を差し入れ、又はその旨を承諾していたという事実関係を理由に都市計画事業たる本件広場設定事業の実施上必要やむを得ない制限であったと論結付け、本件条件は都市計画法施行令 12 条が定める「条件に該当すると判示していた。しかし、この本判決の立論は疑問である。というのは、これらの理由㊦㊧㊨のような事実関係は、都市計画法施行令 12 条の解釈の問題とは別問題であり、本件条件が都市計画上必要なものであるか否かを判じる上での考慮要素にはなり得ないからである。特に㊨に関しては、出願者らの同意があるので、本件条件が合憲、適法となるとするのが本判決の趣旨であるならば、相手方の意向により違憲性、合法性が決定されることになり、法治主義の観点から到底容認でき

ない論理と批判されてもやむを得ないだろう^{31 32}。本件条件が都市計画法施行令 12 条の「条件に該当するか否かは、あくまで都市計画法、都市計画法施行令の趣旨から判断しなければならない。そして、都市計画法 1 条は都市計画を「交通、衛生、保安、防空、経済等ニ関シ永久ニ公共ノ安寧ヲ維持シ又ハ福利ヲ増進スル為ノ重要施設ノ計画ニシテ市若ハ主務大臣ノ指定スル町村ノ区域内ニ於テ又ハ其ノ区域外ニ亘リ施行スヘキモノ」と定義していることから、本件条件のような無補償撤去等の条件は、本件建築許可を下ろし、新たな建築物が設置された場合において、それに対処するために必要となる条件であり、都市計画と直接的な関係はなく、都市計画法が想定する都市計画上必要な条件とはいえない。したがって、都市計画法施行令 12 条の「条件」には該当しないと考える³³。本件条件は明文の根拠がない以上、違法であると言わざるを得ないだろう³⁴。

(3) このように、従来の行政行為の附款論の立場に立っても、本件条件は違法であったと評価できる。では、附款＝行政契約論の視座からは、どのように理論構成すべきか。附款＝行政契約論は従来の行政行為の附款を認めていないことから、本件における無補償撤去等の条件は、東京都による侵害的行政処分であり、典型的とはいえないが、通常の行政処分とみなすことができる。これ

31 奥平・前掲 (10) 209 頁も相手方の同意がある以上は、違憲もしくは違法とならないという趣旨が含まれているとすればかなり問題であると指摘する。また、見上・前掲 (10) 195 頁は、本人の同意は附款を付すること及びその内容の可否の決定的理由ではないし、同意の任意性も問題であると主張する。一方、南・前掲 (10) 70 頁は、判決の全趣旨をみれば、X の承諾がなくとも、都市計画上必要な条件であるかぎり、違憲でないとの立場であると善解している。

32 X が本件付款のごとき内容の条件を懇請しておきながら、後に付款の無効を主張していることに關して、奥平・前掲 (10) 209 頁は、都市計画決定により、広場地区に指定された土地の自由な使用収益を制限されており、それに対する補償、換地もなく、固定資産税を払わなければならないこと、都市計画決定後、予算の都合で長期間延期されていることから、無補償の公用制限を課しており、X をあなたがち批判できないと主張する。南・前掲 (10) 70 頁も X が本件条件の無効を主張することは信義に反する印象があるとしながらも、都市計画法 11 条ノ 2 が補償もなく建築制限を課していることがむしろ問題であると論断する。

33 本判決は直接的に本件条件の憲法判断をしているが、本件条件が都市計画法施行令 12 条所定の条件に該当するという立場に立つならば、むしろ都市計画法施行令 12 条の合憲性を審査すべきであったと思われる。

34 奥平・前掲 (10) 209 頁は、X が無補償の公用負担を受けていることの違憲性ではなく、附款の違憲・違法を争っているので、判旨の結論はやむを得ないと主張するが、正当な補償のない附款は憲法 29 条 3 項違反と判断できる余地もあり、疑問である。南・前掲 (10) 70 頁は、無補償で計画制限を課すことの違憲性を主張し、右制限により受けた損失の補償を求めたならば、憲法 29 条に関する最高裁の興味ある判決が期待できたと分析する。杉村・前掲 (10) 251 頁は、本件条件は直接に憲法 29 条 3 項違反か、本件条件を認める都市計画法施行令 12 条自体が憲法 29 条 3 項に違反すると主張する。同様に見上・前掲 (10) 195 頁も本来的な制限が補償を要しないことを前提として建築許可に付された負担は、憲法 29 条 3 項に違反すると論じている。

らの行政処分は法律の根拠がないため、違法無効であると判断できよう。

附款＝行政契約論の観点からは、都市計画法施行令 12 条は都市計画上必要な行政契約を締結することを認める規定と解釈し、本件条件もまた行政契約として処理をすべきことになる。本件条件のような無補償撤去条項も行政契約で締結すれば、憲法、都市計画法等に違反せず、適法であると評してよからう。結論的には、本件では、東京都庁は建築許可をした上で、X と無補償撤去等条項を行政契約により締結すれば適当であったと考える。

V. 総括

本稿では、行政行為の附款に関する代表的最高裁判例を再検証してきた。その要点を簡単に整理すると次のようになる。農地買収事件判決は、兵庫県農地委員会が自創法 8 条、9 条に違反する疑いがある停止条件を付加した事案に関して、訴願棄却の裁決がないまま買収手続を進行させた瑕疵を認めつつも、瑕疵の治癒の理論を適用し、瑕疵は治癒されたとして、兵庫県農地委員会の附款の使用を実質的に追認していた。附款＝行政契約論の観点からは、本件停止条件は、訴願棄却裁決がなされるまでは本件買収計画承認の効力を停止するという違法の行政行為に該当し、兵庫県農地委員会は「訴願棄却裁決がなされるまでは本件買収計画承認の効力を停止する」という内容の行政契約を X と締結すべきことになる。もっとも、自創法に違反するので、このような行政契約を締結すること困難である。

小学校教員期限付任用事件判決は、村教育委員会が地公法に違反する疑いがある期限を付加した事件に関して、期限付任用も職員の身分保障、職務専念の確保という地公法の趣旨に反しない場合は明文の規定がなくても許されるという誤った論理構成により、本件期限を適法と認め、村教育委員会の附款の利用手法を実質的に追認していた。附款＝行政契約論の観点からは、本件期限は期限以外において職員としての権利行使を禁止する違法の行政行為に該当し、村教育委員会は「期限以外は職員としての権利行使を禁止する」という内容の行

政契約をXと締結すべきことになる。もっとも、地公法に違反するので、このような行政契約を締結することはやはり難しい。

無補償撤去条項事件判決は、東京都が当時の都市計画法施行令 12 条に違反する疑いがある負担を付加した事案に関して、憲法 29 条 3 項、都市計画法、都市計画法施行令 12 条を誤って解釈し、本件負担を適法と認め、東京都の附款の活用方法を実質的に追認していた。附款＝行政解約論の観点からは、本件負担は違法の行政処分に該当し、東京都は本件負担のような無補償撤去条項をXと行政契約で締結すべきことになる。そして、憲法、都市計画法、都市計画法施行令に違反せず、このような行政契約の締結は可能であった。

すべての事件において共通することは、行政庁が実定法に違反する形で不適切に行政行為の附款を使用していることである。また、最高裁も、農地買収事件判決は誤謬である理論構成の下で瑕疵の治癒の理論を適用し、小学校教員期限付任用事件判決、無補償撤去条項事件判決に至っては誤った法解釈をし、強引なロジックで違法な附款を実質的に追認する結論を導き出してしまった。これは、行政法学が Karl Kormann により創造された行政行為の附款という概念を認めてしまったことによる弊害と理解してよかろう。このように、従来の行政行為の附款は法律による行政の原理の形骸化させ、行政実務においては附款の濫用、司法の場においては附款を起因とする混乱による誤った判決を誘発する側面があることは否定できまい。

一方、附款＝行政契約論の観点からは、従来附款とされたものは①適法な行政行為と解釈すべきもの、②違法の行政行為であり、本来的には行政契約により処理すべきものに分類できる。附款＝行政契約論を導入すれば、農地買収事件、小学校教員期限付任用事件においては行政契約締結による解決は困難ではあるものの、無補償撤去条項事件においては行政契約により事件を解決することは可能であった。その意味でも、附款＝行政契約論へと行政行為の附款を進化させることが必要であると考ええる。